

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La vie du contrat dans les commandes publiques. Het leven van de overeenkomst in de oveheidsopdrachten. pp. 7-44 (1ère partie) et pp.115-140 (2e partie)

Vandeburie, Aurélien; De Ridder, S.

Published in:
Ent. dr.

Publication date:
2010

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Vandeburie, A & De Ridder, S 2010, 'La vie du contrat dans les commandes publiques. Het leven van de overeenkomst in de oveheidsopdrachten. pp. 7-44 (1ère partie) et pp.115-140 (2e partie)', *Ent. dr.*, VOL. 2010, Numéro 1-2, p. 1-44 et 113-138.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

de sa substance.

- Licéité in concreto: longue période (5 ans) avant mise en demeure par le maître d'ouvrage - Vices apparus peu après la réception/livraison - Persistance du mauvais fonctionnement - Intervention de tiers pour réparation - Absence de protestation de l'entrepreneur contre la mise en demeure tardive - Ne vaut pas acceptation.

(Cour d'Appel de Gand, 1^{er} mars 2007)

- Obs. R. Simar 202

BIBLIOGRAPHIE

"La responsabilité des professionnels de la construction" - par A. Delvaux, B. de Cocquéau, F. Pottier et R. Simar 212

"De sociale en fiscale inhoudingsplicht van opdrachtgevers en aannemers" - par C. De Wolf et A. Verheggen 214

"De milieuvergunning in het Vlaamse Gewest - Een overzicht van rechtspraak van de Raad van State" - par T. De Waele, P. Flamey, P. Sourbron et P.-J. Vervoort 215

"Mémento - Marchés publics et PPP - 2010" - par P. Thiel 216

tieve kennis van het gebrek en geen uitholling voorwerp van contract.

- Rechtsgeldigheid in concreto - Lange periode (5 jaar) vóór ingebrekestelling door bouwheer - Gebreken ontstaan kort na de (op)levering - Hardnekkig gebrekkig functioneren - Tussenkost derden voor herstelling - Afwezigheid van protest aannemer tegen laattijdige ingebrekestelling - Geldt niet als aanvaarding.

(Hof van Beroep te Gent, 1 maart 2007) - Opm. R. Simar 202

BOEKBESPREKING

"La responsabilité des professionnels de la construction" - door A. Delvaux, B. de Cocquéau, F. Pottier en R. Simar 212

"De sociale en fiscale inhoudingsplicht van opdrachtgevers en aannemers" - door C. De Wolf en A. Verheggen 214

"De milieuvergunning in het Vlaamse Gewest - Een overzicht van rechtspraak van de Raad van State" - door T. De Waele, P. Flamey, P. Sourbron en P.-J. Vervoort 215

"Mémento - Marchés publics et PPP - 2010" - door P. Thiel 216

Doctrine

Rechtsleer

La vie du contrat dans les commandes publiques - Het leven van de overeenkomst in de overheidsopdrachten

(2^{ème} partie et fin - 2^{de} deel en einde)

Chapitre IV. L'extinction du marché

43. L'on n'abordera pas dans ce chapitre les modes et conséquences de l'exécution régulière du contrat, laquelle, dit-on, en constitue le mode normal de disparition¹⁸⁵⁻¹⁸⁶. Seront seules étudiées les causes contemporaines à la conclusion du contrat et celles qui lui sont postérieures, à savoir respectivement, l'annulation (section 1) et la résiliation du marché (section 2).

Section 1. L'anéantissement du marché

44. Quand bien même le marché aurait déjà fait l'objet d'un commencement d'exécution, celui-ci peut encore, en principe, être remis en cause avec effet rétroactif. Si le débat s'est surtout porté à ce propos en doctrine sur la question de savoir si un tiers irrégulièrement évincé lors de l'attribution du marché peut poursuivre l'annulation du contrat comme mode de réparation du préjudice subi (C), il ne s'agit pas de la seule hypothèse à envisager. Ainsi, comme en droit commun, chacune des parties au contrat peut en poursuivre l'annulation en invoquant une des causes de nullité visées par l'article 1108 du Code civil. Si cette possibilité est jusqu'ici restée somme toute fort théorique pour l'adjudicataire, elle n'est pas dénuée de toute utilité pour l'administration. L'on peut en effet se demander si le pouvoir adjudicateur n'est pas, dans certains cas, tenu de poursuivre l'annulation du contrat dont la décision d'attribution est entachée d'irrégularité (B). Outre la possibilité dont disposent les parties de poursuivre l'annulation judiciaire de la convention, celle-ci peut également être affectée de *clauses de nullité*, prévues soit par le C.G.Ch., soit dans les documents du marché, qui dispensent l'administration de devoir recourir à l'office d'un juge pour en prononcer la nullité (A). Après avoir passé en revue ces différentes causes d'anéantissement du contrat (§ 1), leurs conséquences sont également examinées (§ 2).

185 P. WERY, *op. cit.*, p. 32. L'on peut néanmoins se demander si dans ce cas de figure, il n'est pas plus exact de considérer que le contrat existe toujours. Ceci permet en effet d'expliquer que le contrat puisse encore produire des effets, par exemple, une obligation de confidentialité, laquelle perdurera même une fois les obligations essentielles de la convention exécutées. En d'autres termes, nous sommes d'avis que l'exécution normale du marché n'emporte pas son extinction (dans ce sens, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Paris, Sirey, 1930, t. 2, p. 158).

186 La mise en régie et le marché pour compte ne seront pas ici examinées, non pas qu'ils constituent des modes d'exécution normale du marché, mais parce qu'il s'agit de mesures non résolutoires (D. BATSELE, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.*, p. 313, n° 355).

§ 1. Les causes d'anéantissement du marché

A. Clauses de nullité réservées par le contrat

45. Clause prévue par le C.G.Ch. – L'article 73, § 2, du Cahier général des charges permet au pouvoir adjudicateur de prononcer la nullité du marché dans les conditions qu'il détermine. Cette disposition prévoit que, lorsqu'une personne qui s'est vue confier la tâche d'intervenir dans la passation ou la surveillance de l'exécution d'un marché au terme d'un marché de services se trouve en cours d'exécution du contrat dans l'une des hypothèses de conflit d'intérêt¹⁸⁷ visées par l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 qui ne lui permettent pas d'intervenir ni dans la passation ni dans la surveillance de l'exécution du marché, le pouvoir adjudicateur peut prononcer la nullité du marché s'il constate spontanément cette cause d'interdiction dans le cas où l'adjudicataire ne l'en a pas informé¹⁸⁸. Sont visés, par exemple, les marchés passés avec les bureaux d'études, les auteurs de projet ainsi que, plus généralement, tout autre prestataire de services qui intervient dans la passation et la surveillance de l'exécution d'un marché public aux côtés de l'administration. Ces prestataires peuvent tomber sous le coup du régime d'incompatibilité que prescrit la réglementation sur les marchés publics s'ils ont un intérêt dans une des entreprises soumissionnaires¹⁸⁹.

46. Clauses additionnelles prévues dans le C.S.C. – Les clauses frappant de nullité le contrat étant aussi nombreuses que variées, il est impossible de faire état de toutes celles-ci ici. Aussi, nous bornerons-nous à relever l'un ou l'autre exemple. Ainsi, est-il possible de prévoir qu'est nul le marché passé avec l'adjudicataire dont l'offre fait suite à une entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence, dans l'hypothèse où cette offre n'a pu être écartée en application de l'article 11 de la loi du 24 décembre 1993 lors de la passation du marché faute d'avoir pu déceler ces pratiques anticoncurrentielles¹⁹⁰.

B. La poursuite de l'annulation du contrat par le pouvoir adjudicateur comme mode de réfection de l'irrégularité de la décision d'attribution

47. Une obligation? – La décision d'attribution du marché est un acte détachable du contrat. Son irrégularité, constatée le cas échéant par un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat ou par l'autorité de tutelle, n'a donc pas pour effet direct d'anéantir le contrat lui-même ni de faire obstacle à son exécution¹⁹¹. Le contrat reste donc en principe en vigueur et l'administration liée par celui-ci¹⁹², même si, lorsqu'il est annulé ou n'est pas approuvé, l'acte administratif à sa base est censé n'avoir

187 Un régime d'incompatibilité analogue est prévu par l'article 8 de la loi du 15 juin 2006. Voy. F. MOISES et A. VANDEBURIE, "Conflits d'intérêts et délit d'ingérence dans la commande publique" in *Jaarboek overheidsopdrachten/Chronique des marchés publics, 2008-2009*, Bruxelles, EBP, 2009, pp. 405-415.

188 Avant de prononcer la nullité du marché de services, le pouvoir adjudicateur doit inviter par lettre recommandée, le prestataire de services à fournir dans un délai de douze jours de calendrier des justifications adéquates.

189 Dans la pratique, la plupart des cahiers spéciaux des charges de marchés d'auteurs de projet contiennent une clause exigeant du bureau d'études qu'il s'engage à ce qu'aucun entrepreneur qui lui est lié dans des circonstances visées par l'article 10 ne soumissionne pour le marché pour lequel il intervient aux côtés du pouvoir adjudicateur. Une disposition prévoyant la nullité du contrat conclu avec l'auteur de projet dans l'hypothèse où cette interdiction serait violée se retrouve aussi très fréquemment.

190 La même mesure est prévue à l'article 9 de la loi du 15 juin 2006.

191 Avis du Conseil d'Etat n° L.43.488/2/V, du 24 août 2007 relatif à un avant-projet de décret modifiant certaines dispositions du CDL, *Doc. Parl. Wal.*, 2007-2008, n° 648/1, p. 14.

192 D. DEOM, "Transactions immobilières, tutelle administrative et contentieux administratif", in *Domaine public, domaine privé. Biens des pouvoirs publics*, Rep. Not., Tome XIV, Livre VII, 2008, p. 253, n° 224.

jamais existé. Si le pouvoir adjudicataire peut toujours dénoncer unilatéralement le contrat, la question se pose à ce propos de savoir s'il est tenu d'agir de la sorte ou d'en poursuivre l'annulation afin de faire cesser l'illégalité dont est entachée sa décision initiale que prolonge le contrat.

Certains auteurs ont clairement admis qu'une telle obligation pèse sur les épaules du pouvoir adjudicateur, ce qui imposerait d'en poursuivre l'annulation¹⁹³. Lorsque l'annulation de la décision d'attribution est le fait du Conseil d'Etat, cette obligation tiendrait de l'autorité de chose jugée qui s'attache aux arrêts de cette Haute Juridiction¹⁹⁴. Le respect du principe de légalité¹⁹⁵ semble toutefois plus à propos puisqu'il permet également d'expliquer que les décisions des autorités de tutelle - qui sont, quant à elles, seulement revêtues d'une autorité de chose décidée - ne puissent être suivies par l'adoption d'un acte identique sans que ne soit corrigée l'illégalité révélée. Prenant acte de la décision d'annulation ou d'improbation prononcée, le pouvoir adjudicateur devrait en tirer toutes les conséquences et ainsi purger l'ordonnement juridique des effets qui s'attachent à l'acte annulé ou non approuvé en poursuivant, en principe, l'annulation judiciaire du contrat, lorsque l'acte irrégulier qui a été sanctionné n'est pas réfectible.

Dans la pratique, les autorités publiques agissent rarement de la sorte. Le concurrent irrégulièrement évincé peut-il alors s'adresser à un juge pour que ce dernier enjoigne, le cas échéant sous astreinte, au pouvoir adjudicateur d'en poursuivre l'annulation judiciaire? Si cette manière d'agir a été admise, sous certaines conditions, en France¹⁹⁶, elle peut paraître douteuse en Belgique au regard du principe de la séparation des pouvoirs. Il en est de même d'un recours en annulation dirigé contre la décision du pouvoir adjudicateur refusant de poursuivre l'annulation du contrat¹⁹⁷. En outre, ces procédures risquent surtout de s'avérer peu efficaces en pratique, compte tenu, notamment, des attermoissements qu'elles peuvent laisser augurer ainsi que de l'état d'avancement de l'exécution du marché.

Cependant, dans certaines situations, l'administration n'aura pas d'autre choix que de demander l'annulation du contrat.

193 F.-M. REMION, "Le Conseil d'Etat et les marchés de l'Administration", *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1960, p. 461 et 472. *Contra*: Y. HANNEQUART et A. DELVAUX, "L'attribution d'un marché public et les recours judiciaires autres que l'action en dommages-intérêts", in *Liber amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 740, n° 36.

194 Comp. avec D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten en het toezicht door de Raad van State en de gewone rechtbanken*, Brugge, Die Keure, 1993, p. 626, pour qui il est difficile de rattacher une telle obligation à la chose jugée par le Conseil d'Etat.

195 P. GOFFAUX et M. LUCAS, "Des effets sur le contrat, de l'annulation par le Conseil d'Etat de la décision d'attribuer un marché public", *APT*, 1998, p. 66, n° 15: "(...) pour se conformer aux exigences du principe de légalité telles que rappelées par l'arrêt d'annulation du Conseil d'Etat, l'autorité adjudicatrice devra tout d'abord prendre acte de la disparition, avec effet rétroactif, de la décision par laquelle elle a exprimé son consentement à la conclusion de la convention et, donc de la viciation de cette dernière. Ensuite, une fois ce constat fait, elle devra selon les particularités de chaque cas, ou bien régulariser le contrat, ou bien en obtenir la nullité".

196 Le Conseil d'Etat de France a en effet indiqué qu'il appartient dans ce cas, dès lors que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat, au juge de l'exécution, saisi d'une demande d'un tiers d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité, de prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général (CE fr., n° 248.950, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*).

197 Le Conseil d'Etat de France a décidé à ce propos qu'un tiers à un contrat administratif - il s'agissait d'une convention de délégation de service public pour la construction et l'exploitation d'une usine d'incinération de déchets - n'est pas recevable à former un recours contre le refus de la personne publique de saisir le juge du contrat d'une action en nullité, au motif qu'il s'agit d'un acte non détachable du contrat (CE fr., n° 293.836, 17 décembre 2008, *Association pour la protection de l'environnement du LUNELLOIS*, M. BOISSIER, M. SARAZIN).

Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'autorité de tutelle refuse d'approuver les dépenses liées à un contrat dont elle a annulé ou refusé d'approuver la décision d'attribution ou lorsque le receveur communal s'oppose, ensuite de l'irrégularité de la décision d'attribution révélée par l'autorité de tutelle ou le Conseil d'Etat, au paiement des montants dus à l'adjudicataire¹⁹⁸. Dans l'un et l'autre cas, le pouvoir adjudicateur doit prendre les mesures qui s'imposent pour anéantir les effets passés et futurs du contrat, sa bonne exécution étant paralysée. Il ne peut alors se limiter à résilier le marché conclu, la résiliation n'ayant d'effet que pour l'avenir.

C. *La poursuite de l'annulation du contrat comme mode de réparation du préjudice subi par le tiers irrégulièrement évincé*

48. L'éternelle controverse – L'on a vu que les autorités publiques apparaissent peu enclines à remettre en cause les contrats conclus sur la base de décisions irrégulières, et que les tiers évincés ne disposent pas des voies de droit qui pourraient les y convaincre. L'on en vient, par conséquent, à se demander si ceux-ci ont la possibilité d'introduire un recours propre leur permettant d'obtenir l'annulation du contrat.

L'on sait qu'à cet égard deux courants se sont opposés en doctrine et en jurisprudence. Certains estiment que le vice¹⁹⁹ qui affecte la décision d'attribution du pouvoir adjudicateur entache le contrat d'une cause de nullité absolue²⁰⁰, laquelle constituera, selon le cas, en une absence de

198 Rapp. A.-L. DURVAUX et D. FISSE, "De la tutelle administrative sur les marchés publics en Région wallonne et autres réflexions sur le contrôle juridictionnel de la passation des marchés publics", in *Jaarboek overheidsopdrachten/Chronique des marchés publics. 2008-2009*, Bruxelles, EBP, 2009, p. 180.

199 Comme, par exemple, le non respect de l'obligation de *standstill*. Certains auteurs considèrent en effet que la législation en vigueur restant muette quant à la sanction à appliquer à cet égard, la nullité absolue devrait s'imposer (M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME et Cl. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 2^{ème} éd., revue et augmentée par Ph. FLAMME, pp. 310-311).

200 Voy., notamment, Bruxelles, 25 mars 1993, *Entr. et Dr.*, 1993, p. 232; Bruxelles, 18 décembre 1997, *CDPK*, 1998, p. 331, note K. RONSE et H. BOULARBAH; *Entr. et Dr.*, 2002, p. 202; Civ. Bruxelles (réf.), 22 juin 1999, *CDPK*, 2000, p. 226; Civ. Bruxelles (réf.), 18 février 2000, *Ent. et Dr.*, 2000, p. 184; J. STEVENS, "De doorwerking van het Europees Gemeenschapsrecht in de sector van de overheidsopdrachten - Europese en nationale rechtsbescherming, weinig wol?", *RW*, 1995-1996, p. 1.117; P. THIEL, "Les recours des tiers dans les marchés publics: éléments de jurisprudence", *JT*, 1997, p. 337; D. LAGASSE et E. VAN NUFFEL, observations sous Civ. Namur, 14 février et 6 mars 1997, *JLMB*, 1997, p. 964, note 15; M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, "Le contentieux des commandes publiques ou le parcours du combattant", *Ent. et Dr.*, 2002, pp. 145-151. Cette solution se justifierait par le motif qu'à la différence des contrats conclus entre particuliers, les contrats de l'administration mettraient nécessairement en jeu l'intérêt général et non de simples intérêts privés (P. GOFFAUX et M. LUCAS, *op. cit.*, p. 64; P. GOFFAUX, *L'inexistence des privilèges de l'administration et le pouvoir d'exécution forcée*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 163-164). Il convient toutefois d'admettre qu'un soumissionnaire évincé n'agit jamais que pour préserver ses propres intérêts privés. Pour admettre que des tiers aux contrats puissent en solliciter l'annulation devant le juge judiciaire lorsque le pouvoir adjudicateur s'en abstient, il faudrait considérer que seule cette mesure permet de rétablir le respect d'une législation d'ordre public ainsi que l'anéantissement d'actes juridiques qui lui sont contraires. Bien qu'ils adhèrent à cette thèse, M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME et Cl. DARDENNE relèvent à juste titre que le prononcé de l'annulation du contrat peut paraître fort académique s'il est exécuté. Lorsque le contrat n'est pas achevé, cette solution risque également de heurter tant la satisfaction de l'intérêt général que le souci légitime de sécurité juridique de l'adjudicataire, de ses travailleurs, fournisseurs et sous-traitants. Aussi, anticipant sur la solution que le législateur a finalement adopté, plaident-ils pour la solution de l'annulation du contrat uniquement lorsque le délai d'attente a été violé. Dans les autres cas, l'illégalité de la décision d'attribution devrait trouver sa sanction dans l'allocation de dommages et intérêts (M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME et Cl. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 286-295).

Contra: Civ. Namur (réf.), 2 mai 2000, *JLMB*, 2000, p. 1.267, note A. DELVAUX; *Ent. et Dr.*, 2000, p. 402. Voy. aussi D. DEOM, *op. cit.*, pp. 254-255, n° 228 et les références citées. Pour cet auteur, la convention qui repose sur un acte annulé par l'autorité de tutelle ou par le juge ne serait frappée que d'une cause de nullité relative. Les motifs de l'annulation pourraient néanmoins révéler une cause de nullité absolue entachant intrinsèquement l'acte annulé.

consentement ou en une cause ou un objet illicite. Les tiers évincés pourraient donc saisir le juge judiciaire pour qu'il prononce la nullité du contrat.

D'autres auteurs²⁰¹, suivis par la majeure partie de la jurisprudence, ont par contre estimé que l'irrégularité de la décision d'attribution, voire son annulation, ne permettaient pas de conclure à une absence de validité du contrat en raison même de l'indépendance consacrée entre ce contrat lui-même et l'acte détachable qu'est la décision d'attribution²⁰². Pour cette partie de la doctrine, l'annulation de la décision d'attribution ne peut aboutir au constat que le contrat est amputé d'un de ses éléments essentiels – le consentement de l'administration – puisque celui-ci a été valablement exprimé lors de sa conclusion. La circonstance que la volonté de l'administration se baserait sur une décision irrégulière ne pourrait ni vicier ni annuler cette manifestation de volonté qu'exprime le consentement. Tant la licéité de la cause que de l'objet du contrat ne pourraient d'ailleurs être mises en doute, dès lors que le mobile déterminant du contrat porterait non sur la qualité du cocontractant, mais sur l'obtention de travaux, de fournitures ou de services. L'annulation du contrat ne pourrait dès lors être poursuivie qu'à titre exceptionnel, lorsque le choix irrégulier du cocontractant constituerait le mobile déterminant de la passation du contrat²⁰³.

Ce débat, dans lequel nous n'entrerons pas, ne devait plus avoir lieu²⁰⁴ à partir du jour où la loi du 16 juin 2006, en particulier son article 2, devait entrer en vigueur²⁰⁵.

Sans même attendre cet événement, le législateur s'est à nouveau saisi de la question. Les développements qui précèdent ne sont donc plus applicables pour tous les marchés. Il le restent toutefois pour certains d'entre eux.

49. Dispositif prévu par la loi du 23 décembre 2009 – Cette loi introduit dans la loi du 24 décembre 1993 un nouveau livre – le livre IIbis – relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours.

L'article 65/21 nouveau de la loi, auquel renvoie l'article 65/32 pour les marchés de travaux²⁰⁶ soumis à la publicité obligatoire au niveau belge dont le montant de l'offre à approuver hors taxe sur la valeur ajoutée se situe entre le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne et un montant correspondant à la moitié de ce dernier montant, énonce dorénavant notamment que, pour les marchés atteignant le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne²⁰⁷, le marché, une fois conclu, ne peut, en principe, être déclaré dépourvu d'effets par une juridiction pour violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution, sauf dans les cas prévus aux articles 65/17 à 65/20.

201 Voy. récemment, A.-L. DURVAUX et D. FISSE, *op. cit.*, pp. 186-192.

202 D. D'HOOGHE, *op. cit.*, p. 685, n° 1416.

203 Y. HANNEQUART et A. DELVAUX, *op. cit.*, pp. 736-746.

204 B. LOMBAERT et I. MATHY, "L'obligation de *standstill* avant la passation des marchés publics: un premier commentaire de la nouvelle loi (avant la prochaine modification?)", *BJCP*, mai 2007, hors série, p. 42.

205 A l'heure de clôturer cette contribution, l'arrêté royal fixant l'entrée en vigueur de la loi du 16 juin 2006 n'avait toujours pas été adopté.

206 Ne sont toutefois pas concernés les marchés de travaux en matière de défense visés à l'article 346, 1, b), du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

207 Sont exclus les marchés en matière de défense visés à l'article 346, 1, b), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Suivant la première de ces dispositions, à la demande de toute personne intéressée, le juge judiciaire, siégeant comme en référé, déclare dépourvu d'effets un marché conclu dans chacun des cas suivants: 1° sous réserve de l'article 65/18²⁰⁸, lorsque l'autorité adjudicatrice a conclu un marché sans une publicité européenne préalable, alors que cela est pourtant exigé par le droit communautaire en matière de marchés publics, par la loi ou ses arrêtés d'exécution; 2° lorsque l'autorité adjudicatrice a conclu le marché sans respecter le délai visé à l'article 65/11, alinéa 1^{er}, ou sans attendre que l'instance de recours, le cas échéant de premier degré, statue, soit sur la demande de suspension, soit sur la demande de mesures provisoires lorsque cette violation: a) a privé un soumissionnaire de la possibilité d'engager ou de mener à son terme le recours en suspension visé à l'article 65/11, alinéa 2, et b) est accompagnée d'une violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution et si cette dernière violation a compromis les chances d'un soumissionnaire d'obtenir le marché.

Le juge a toutefois la faculté de ne pas considérer un marché dépourvu d'effets, même s'il a été conclu illégalement pour des motifs visés à l'article 65/17, s'il constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus. Dans ce cas, il prononce à titre de substitution, des sanctions visées à l'article 65/22²⁰⁹. En ce qui concerne la décision de ne pas déclarer un marché dépourvu d'effets, l'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées. Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général. L'intérêt économique directement lié au marché comprend notamment les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure, du changement d'opérateur économique pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets.

L'article 65/30, alinéa 2, nouveau de la loi prévoit également que lorsque l'autorité adjudicatrice décide de rendre l'obligation de faire précéder la conclusion du contrat d'un délai d'attente applicable aux marchés n'atteignant pas les seuils européens et aux marchés qui ne sont pas visés par cette obligation²¹⁰, une fois conclu, le marché ne peut être suspendu ou déclaré

208 Cette disposition prévoit que la déclaration d'absence d'effets visée à l'article 65/17, alinéa 1^{er}, 1°, ne s'applique toutefois pas si l'autorité adjudicatrice, bien qu'estimant que la passation du marché sans une publicité européenne ou belge préalable est autorisée en vertu des dispositions du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution, 1° a publié préalablement, pour les marchés atteignant les seuils européens, au Journal officiel de l'Union européenne, et pour ceux ne l'atteignant pas, au Bulletin des Adjudications, un avis de transparence *ex ante* volontaire, conformément au modèle fixé par le Roi, exprimant son intention de conclure le marché et 2° n'a pas conclu le marché avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour de publication de cet avis.

209 Suivant cette disposition, l'instance de recours peut dans les cas que la loi détermine, à titre de sanction de substitution d'office ou à la demande d'une personne intéressée, abréger la durée du marché ou imposer une pénalité financière à l'autorité adjudicatrice, pénalité qui sera versée au Trésor. Cette sanction doit être effective, proportionnée et dissuasive. Lorsqu'elle prononce une sanction, l'instance de recours peut tenir compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement de l'autorité adjudicatrice et la mesure dans laquelle le contrat continue à produire des effets. La pénalité financière s'élève au maximum à 15% du montant hors taxe sur la valeur ajoutée du marché attribué. L'octroi de dommages et intérêts, que le juge judiciaire pourra toujours accorder aux personnes lésées par une des violations visées à l'article 65/14 commise par l'autorité adjudicatrice et précédant la conclusion du marché, ne constitue pas une sanction au sens du présent article.

210 C'est-à-dire les marchés de fournitures et de services en dessous des seuils respectifs fixés par le Roi pour la publicité européenne, ainsi qu'aux marchés de travaux dont le montant de l'offre à approuver hors taxe sur la valeur ajoutée ne se situe pas entre le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne et un montant correspondant à la moitié de ce dernier montant.

dépourvu d'effets par l'instance de recours pour violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution. Aucune exception n'est permise ici, l'article 65/32, alinéa 3, de la loi prévoyant expressément que si l'autorité adjudicatrice, conformément à l'article 65/30, alinéa 2, fait application volontaire de l'article 65/11, alinéa 1^{er}, les articles 65/13 et 65/17 à 65/22 ne sont pas applicables. Dans ce cas de figure, il ne semble plus possible de remettre en cause l'existence du contrat, pas même par la voie d'une action en nullité.

Lorsque l'autorité adjudicatrice n'impose pas pour ces marchés le respect d'un délai d'attente, la jurisprudence précitée relative à la possibilité pour un juge de prononcer la nullité du contrat peut toutefois encore trouver à s'appliquer.

50. Pour mémoire (?) ... Dispositif prévu par l'article 2 de la loi du 16 juin 2006: présentation – Cette disposition, dont on peut se demander, compte tenu de l'évolution de la réglementation applicable, si elle entrera un jour en vigueur, prévoit qu'une fois le marché conclu²¹¹, le contrat n'est plus susceptible d'une suspension ou d'une annulation par le juge, fondée sur une passation irrégulière²¹². L'irrégularité peut concerner n'importe quelle étape de la procédure de passation, par exemple la phase de sélection. Le préjudice éventuellement subi ne pourra plus être réparé que par le paiement de dommages et intérêts. Par contre, l'exécution du marché ne pourra plus être remise en cause, ni par les parties au contrat, ni par un tiers évincé, sauf pour un motif étranger aux règles de passation. Cette règle a été justifiée par la nécessité de maintenir l'unité d'exécution et de responsabilité lors de l'exécution du marché et, dès lors, de garantir la sécurité juridique²¹³.

Ce principe connaît une exception. Ainsi, si le marché a été conclu avant l'expiration du délai d'attente – *standstill* – que la loi impose au pouvoir adjudicateur avant de procéder à la notification de la décision d'attribution du marché, le soumissionnaire lésé ou risquant de l'être peut, dans les trente jours à compter à partir de la date où il a pris connaissance de la conclusion du marché²¹⁴, demander l'annulation du contrat, selon la qualité du pouvoir adjudicateur, au Président du Tribunal de Première Instance ou au Président du Tribunal de Commerce²¹⁵, statuant comme en référé. La demande doit être dirigée contre le pouvoir adjudicateur et contre l'adjudicataire.

211 La conclusion du marché a lieu par la notification de l'engagement contractuel à l'adjudicataire du marché, c'est-à-dire de la décision prise par le pouvoir adjudicateur désignant l'adjudicataire du marché.

212 L'article 3, § 3, de la loi du 16 juin 2006 prescrit une règle identique pour les marchés des secteurs spéciaux.

213 Projet de loi, *Doc. Parl.*, Chambre, Doc. 51-2237/01, p. 64.

214 L'on peut s'interroger sur la compatibilité de ce seul délai avec ceux prévus à l'article 2 septies, § 1, de la Directive 89/665, portant la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la Directive 2007/66. En vertu de cette disposition, les Etats membres peuvent notamment prévoir que l'introduction d'un recours ayant pour but de priver d'effets un marché doit intervenir avant l'expiration d'un délai minimal de 30 jours calendriers à compter du lendemain du jour où le pouvoir adjudicateur a informé les soumissionnaires et les candidats concernés de la conclusion du contrat, pour autant que cette information soit accompagnée d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 41, paragraphe 2, de la Directive 2004/18/CE. La loi du 16 juin 2006 ne prévoit pas de délai particulier lorsque cette formalité n'est pas accomplie et que le contrat est conclu. Conformément à l'article 2 septies, § 1, b), le délai de recours devrait être dans cette hypothèse d'au moins six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat. Comp. J. DEBIEVE, et G. LAENEN, "Naar een werkelijk preventieve rechtsbescherming bij overheidsopdrachten? De toepassing van artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 en de preventieve rechtsbescherming naar komend recht", in *Actualia publiekrecht 1. Rechtsbescherming*, Bruges, die Keure, 2008, p. 116, n° 100.

215 Projet de loi, *Doc. Parl.*, Chambre, Doc. 51-2237/01, p. 66.

L'article 2, § 4, de la loi du 16 juin 2006 précise ainsi les conditions dans lesquelles un soumissionnaire lésé ou risquant de l'être peut demander l'annulation du contrat dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur n'aura pas respecté le délai d'attente alors qu'il y était tenu. Lors des travaux préparatoires, l'on a affirmé que cette disposition vise non seulement le non-respect de la formalité du délai d'attente²¹⁶ en tant que telle mais également les cas dans lesquels le pouvoir adjudicateur, tout en ayant notifié un délai d'attente, ne respecte pas les conditions imposées (par exemple un délai minimum insuffisant ou la conclusion du contrat avant l'expiration du délai)²¹⁷.

La loi a également entendu baliser le travail du juge. Ainsi, prévoit-elle que ce dernier doit rejeter la demande dans deux situations:

- 1° si, en dehors de la méconnaissance du délai d'attente, l'attribution a manifestement eu lieu de manière régulière;
- 2° si le soumissionnaire concerné n'entre manifestement pas en considération pour pouvoir prétendre à l'attribution du marché.

Enfin, la nouvelle loi précise que le juge *peut* rejeter la demande lorsque le marché est partiellement ou totalement exécuté au moment du prononcé.

Compte tenu du libellé de l'article 2 quinquies, nouveau, de la Directive 89/665, telle que modifiée par la Directive 2007/66, cette dernière hypothèse de rejet devra être fondée sur des raisons impérieuses d'intérêt général qui imposent le maintien du contrat. Au terme de cette disposition, en effet, un marché doit être déclaré dépourvu d'effets par une instance indépendante en cas de méconnaissance du délai d'attente, notamment si cette violation a privé le soumissionnaire intentant un recours de la possibilité d'engager un recours précontractuel lorsqu'une telle violation est accompagnée d'une violation de la Directive 2004/18/CE, si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché. Or, si les conséquences du constat de l'absence d'effets d'un marché sont déterminées par le droit national, l'absence d'effets correspond soit à l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles, soit uniquement à l'annulation des obligations qui doivent encore être exécutées, des sanctions de substitution devant alors être appliquées pour ce qui concerne la partie déjà exécutée. En principe, donc, la circonstance que le marché est déjà achevé ou ne l'est que partiellement n'empêchent pas de prononcer l'annulation du contrat dans son entièreté ou pour ce qui concerne la partie du marché encore à exécuter. L'article 2 quinquies, § 3, de la directive permet toutefois de ne pas devoir considérer un marché comme étant dépourvu d'effets, même s'il a été passé illégalement, s'il peut être constaté que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus²¹⁸.

216 Et donc également dans le cas où un marché a été passé sans qu'un avis de marché ait fait l'objet des modes de publicité que le droit communautaire impose, ce que prévoit par ailleurs l'article 2 quinquies, § 1, a, de la Directive 89/665, telle que modifiée par la Directive 2007/66.

217 Projet de loi, *Doc. Parl.*, Chambre, Doc. 51-2237/01, p. 66.

218 La directive indique à ce propos que: "L'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées. Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général. L'intérêt économique directement lié au marché comprend notamment les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure de passation de marché, du changement d'opérateur économique pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets".

51. Evaluation²¹⁹ – Soucieux de concilier la sécurité juridique avec la protection juridique des tiers évincés, le législateur a donc choisi une voie médiane. S'il reconnaît qu'un tiers peut poursuivre l'annulation du contrat, cette procédure est clairement encadrée et limitée à la situation où le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté la procédure de *standstill* que la loi impose. Si cette procédure est respectée, l'annulation du contrat ne peut être poursuivie par un tiers évincé, même dans le cas où la procédure de passation était manifestement irrégulière. Dans cette hypothèse, le tiers évincé pourra néanmoins requérir la suspension de l'attribution du marché devant le Conseil d'Etat ou en référé devant le juge ordinaire aux conditions de l'article 2, § 3, de la loi, et, le cas échéant, solliciter des dommages et intérêts.

La loi ne précise pas si l'exception au principe suivant lequel une fois conclu un marché ne peut plus faire l'objet d'une annulation judiciaire fondée sur une passation irrégulière vaut pour tous les modes de passation.

Concernant les marchés passés par voie d'adjudication, l'on constatera que l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 maintient le système d'indemnité forfaitaire prévu par l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993. Cette disposition prévoit que lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer le marché par adjudication, celui-ci doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, sous peine d'une indemnité forfaitaire fixée à dix pour cent du montant, hors taxe sur la valeur ajoutée, de cette offre. Or, par le passé, certains auteurs ont soutenu qu'en établissant un système forfaitaire d'indemnisation du dommage le législateur avait voulu exclure toute action en nullité du contrat²²⁰. Force est toutefois de constater que tant le paragraphe 1^{er} que le paragraphe 4 de l'article 2 de la loi du 16 juin 2006 n'excluent aucun marché de leur champ d'application. Tous les marchés, quelque soit leur mode de passation, paraissent donc concernés par cette disposition.

Il en est donc ainsi aussi des marchés passés par procédure négociée.

L'on notera toutefois qu'en permettant au Roi de prévoir des exceptions au respect d'un délai d'attente pour certains types de marchés et de procédures et pour des marchés inférieurs à certains montants (§ 3, *in fine*), l'article 2 de la loi du 16 juin 2006 exclut de la possibilité de pouvoir introduire un recours en annulation à l'encontre du contrat, les soumissionnaires évincés de ces marchés. Seul le principe suivant lequel une fois conclu, un marché n'est plus susceptible d'une annulation fondée sur une passation irrégulière, inscrit au paragraphe 1^{er} de l'article 2, trouve alors en effet à s'appliquer à ces derniers²²¹. Si le Roi devait reproduire le système en vigueur sous l'égide de la loi du 24 décembre 1993, cette catégorie de marchés ne serait pas négligeable, puisque suivant l'article 65/11 de la loi du 24 décembre 1993, tel que modifiée par la loi du 23 décembre 2009, seuls les marchés soumis à la publicité européenne et les marchés de travaux soumis à la publicité obligatoire au niveau belge dont le montant de l'offre à approuver hors

219 Voy. également, parmi beaucoup d'autres: M. SCHOUPS et K. LEMMENS, "Evoluties van de rechtsbescherming bij de gunning van overheidsopdrachten: de standstillwetgeving in beweging", in *Jaarboek bouwrecht 2006-2007*, Bruges, die Keure, 2007, pp. 61-67; C. DE KONINCK et P. FLAMEY, *Overheidsopdrachten. De wetten van 15 en 16 juni 2006*, Maklu, Anvers, 2007, pp. 212 et svtes.

220 Y. HANNEQUART et A. DELVAUX, *op. cit.*, p. 718.

221 V. DOR, "Le contentieux en matière d'attribution des marchés publics. Régime actuel et perspective", in *Jaarboek overheidsopdrachten 2007/2008. Chronique des marchés publics 2007/2008*, Bruxelles, EBP, 2008, p. 403, n° 38.

taxe sur la valeur ajoutée se situe entre le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne et un montant correspondant à la moitié du montant cité en deuxième lieu sont obligatoirement concernés par la procédure de standstill, bien qu'elle puisse être étendue par le pouvoir adjudicateur aux autres marchés.

5.2. Conséquences de l'annulation ou de la déclaration d'absence d'effets

52. L'anéantissement rétroactif de toute relation contractuelle – L'annulation du contrat a, en principe, lieu avec effet rétroactif. La convention est donc censée n'avoir jamais existé. Lorsque le marché n'a reçu aucun commencement d'exécution, aucune difficulté particulière n'est à signaler. En cas contraire, la rétroactivité impose la restitution, en principe en nature, des prestations effectuées. Celle-ci peut parfois s'avérer impossible, notamment pour les contrats à prestations successives. Le rétablissement des positions des cocontractants dans leur pristin état donnera par conséquent lieu à des restitutions par équivalent. Concrètement, l'annulation du contrat se résoudra alors, sur la base de l'enrichissement sans cause²²², par le versement d'une contrepartie pécuniaire aux prestations exécutées, lorsqu'elles ne s'équilibrent pas. L'on soutient toutefois à ce propos que l'administration pourrait se prévaloir de l'adage "*in pari causa turpitudinis cessat repetitio*", pour refuser de verser une quelconque contrepartie aux prestations exécutées avant l'annulation du contrat, lorsque celui-ci est annulé pour contrariété à l'ordre public, dont ressort la réglementation relative aux marchés publics²²³. Cela ne signifie pas toutefois que l'administration puisse obtenir la réalisation de travaux ou de services par exemple sans décaisser le moindre sou. En vertu de la réciprocité des obligations de restitution, le même adage, lorsqu'il est appliqué²²⁴, devrait en effet être étendu aux obligations exécutées par le pouvoir adjudicateur, lesquelles ne pourront faire l'objet d'une restitution. L'adjudicataire ne sera donc pas tenu au remboursement des montants déjà versés par le pouvoir adjudicateur. En outre, cette sanction ne devrait-elle être réservée qu'au cas où l'adjudicataire s'est vu irrégulièrement attribuer le marché aux termes de manœuvres frauduleuses auxquelles il a pris part, voire lorsque la preuve peut être rapportée qu'il savait ou ne pouvait ignorer que cette attribution était illégale²²⁵.

Compte tenu de ce qui précède, l'intentement d'une action en dommages et intérêts pourrait toutefois présenter un intérêt certain pour l'adjudicataire écarté au terme de l'annulation du marché, dès lors que l'application de l'enrichissement sans cause ne permet pas au cocontractant de l'administration d'obtenir compensation de la perte du bénéfice qu'il avait escompté. Or, en droit commun, la partie à cause de laquelle le contrat est affecté d'une cause de nullité peut devoir à l'autre cocontractant des dommages et intérêts sur la base des règles de la responsabilité quasi-délictuelle. Ces principes devraient également pouvoir s'appliquer aux marchés publics²²⁶.

222 D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1991, pp. 491-501; C. GUETTIER, "L'anéantissement du contrat administratif", *Revue des contrats*, 2008, p. 97. Ce fondement est toutefois contesté par une partie de la doctrine.

223 A.-L. DURVIAUX et D. FISSE, *op. cit.*, p. 180.

224 Ce qui reste une faculté pour le juge, dès lors que l'adage "*in pari causa turpitudinis cessat repetitio*" n'est pas une norme obligatoire (Cass., 24 septembre 1976, Pas., 1977, I, p. 101).

225 P. GOFFAUX, "Les pontons mosans. Incidence sur le contrat de l'annulation par l'autorité de tutelle de la décision d'attribution d'un marché public, fait accompli et enrichissement sans cause", *Entr. et Dr.*, 2002, p. 362.

226 Y. HANNEQUART et A. DELVAUX, *op. cit.*, p. 737.

L'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien causal entre cette faute et ce dommage devront toutefois être clairement démontrés. La faute résultera, le plus souvent, du vice affectant le contrat qui constitue la cause de la demande de nullité. Elle pourra consister, par exemple, dans le fait de conclure par procédure négociée un marché qui aurait dû faire l'objet d'une procédure d'adjudication ou d'appel d'offres²²⁷ ou dans la rédaction d'une clause illicite de l'avis de marché parce que clairement discriminatoire à l'égard d'un tiers évincé. Le consentement de l'adjudicataire n'a pas à ce propos pour effet de rendre imputable aux deux parties au contrat le vice qui l'affecte et qui est le seul fait de l'administration. Une exonération partielle, voire totale, de la responsabilité de l'administration ne doit toutefois pas être exclue²²⁸. Le cocontractant qui a accepté d'exécuter un marché dont il savait ou ne pouvait raisonnablement ignorer qu'il était irrégulier se rend coupable, à notre avis, d'un comportement imprudent qui peut être assimilé à une faute dans son chef²²⁹. Un partage de responsabilité entre l'adjudicataire et l'administration est donc envisageable²³⁰, voire même une exonération totale de responsabilité lorsque, par exemple, le cocontractant n'a obtenu le marché qu'au terme de manœuvres frauduleuses.

53. Dispositif prévu par la loi du 23 décembre 2009 – La nouvelle loi modifie quelque peu les données qui précèdent pour les marchés auxquels les dispositions qu'elle introduit dans la loi du 24 décembre 1993 trouveront à s'appliquer. Si le législateur a en effet prévu que lorsqu'il déclare un marché dépourvu d'effets le juge prononce l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles, il peut aussi limiter la portée de l'annulation aux obligations qui doivent encore être exécutées. Dans ce cas, le juge prononce également une pénalité financière visée à l'article 65/22.

54. L'exclusion de toute responsabilité contractuelle – Dès lors que l'annulation du contrat produit son anéantissement complet, tant le pouvoir adjudicateur que l'adjudicataire ne peuvent se fonder sur ce dernier pour mettre en œuvre la responsabilité contractuelle de leur ancien cocontractant. Censé n'avoir jamais existé du fait de son annulation, le contrat n'a pu faire naître d'obligations à charge des parties. Il n'y a donc pas de place pour une quelconque responsabilité contractuelle²³¹. Par conséquent, une action en responsabilité fondée sur la mauvaise exécution du contrat doit être rejetée²³². Sans doute, la responsabilité quasi-délictuelle de l'adjudicataire et de l'administration pourra toujours être engagée. La charge de la preuve du demandeur sera toutefois plus lourde dans ce cas de figure. En outre, l'administration ne pourra plus se prévaloir d'actions qui supposent l'existence d'un contrat²³³, comme par exemple la garantie décennale. Cette dernière conséquence ne doit pas échapper au pouvoir adjudicateur, lequel verra là une raison valable de ne pas solliciter l'annulation judiciaire du contrat.

55. Maintien exceptionnel des effets du contrat pour l'avenir – Si l'annulation du contrat entraîne en principe l'effacement de toutes les relations contractuelles existantes entre parties, il n'est pas exclu que celui-ci puisse exceptionnellement continuer à produire des effets pour

227 D. POUYAUD, *op. cit.*, p. 503.

228 *Ibidem*, p. 506.

229 L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2006, 5^{ème} éd., p. 195, n° 283.

230 Rapp. CE fr., n° 262.360, 16 novembre 2005.

231 C. GUETTIER, *op. cit.*, p. 96.

232 Civ. Bruxelles, 22 février 2008, *inédit*, cité par P. THIEL, "Chronique de jurisprudence judiciaire 2008", in *Jaarboek overheidsopdrachten/Chronique des marchés publics*, 2008/2009, Bruxelles, EBP, 2009, p. 91.

233 C. GUETTIER, *op. cit.*, p. 81.

l'avenir. La Cour de Justice a en effet admis que ne contrevient pas aux directives recours la législation nationale qui, en cas de perturbation grave du service public, maintient les effets d'un contrat visé par une déclaration administrative de nullité, lorsqu'un tel maintien n'a vocation à s'appliquer qu'à titre exceptionnel et ce, dans l'attente de l'adoption de mesures urgentes, en vue d'assurer la continuité du service public²³⁴.

Sectie 2. De verbreking van overheidsopdrachten

56. Situering – In deze sectie wordt de verbreking van overheidsopdrachten zoals ze voorligt in de Belgische regelgeving nader bekeken.

Hierbij zal er een onderscheid gemaakt worden tussen de eenzijdige (§ 1) en de meerzijdige verbreking van de opdracht (§ 2).

Voorts zal er nog worden stilgestaan bij de mogelijke beroepen en de (on)bevoegdheid van de Raad van State (§ 3).

§ 1. De eenzijdige verbreking van overheidsopdrachten

57. Situering – Net zoals bij de eenzijdige wijziging van overheidsopdrachten moet er bij de eenzijdige verbreking eveneens een onderscheid gemaakt worden op het niveau van de uitvoerbaarheid. De Koning kent de contracterende partijen in de AAV het recht toe om de verbreking van de overheidsopdracht te "bekomen"²³⁵, te "vragen"²³⁶ of te "eisen"²³⁷.

Wanneer één van hen de overheidsopdracht krachtens een bepaling van de AAV wenst te verbreken en de ander hiermee instemt, is er sprake van een bilaterale of meerzijdige verbreking en bestaat er op het niveau van de uitvoerbaarheid geen onderscheid. Er bestaat dan een gelijke regeling voor de aannemer en de aanbestedende overheid.

Wanneer er echter geen overeenstemming is²³⁸, moet er op het vlak van de uitvoerbaarheid wel een onderscheid gemaakt te worden tussen de aannemer en de aanbestedende overheid. De aannemer zal zijn recht in dat geval via de rechter moeten afdwingen en alzo de aanbestedende overheid eenzijdig de verbreking van de overeenkomst opleggen.

De aanbestedende overheid zal echter niet genoodzaakt zijn om de gerechtelijke weg te behandelen aangezien haar beslissingen op grond van het "privileège du préalable" geacht worden gelijkvormig te zijn met het recht en dat vermoeden geldt zonder dat zij vooraf beroep moet doen op de rechter²³⁹.

234 CJCE, C-444/06, 3 avril 2008, *Commission c/ Espagne*, pts. 53-56.

235 Artikel 16 AAV.

236 Artikel 16 AAV.

237 Artikel 28 AAV.

238 Of wanneer de aannemer rechtstreeks naar de rechter stapt of de aanbestedende overheid onmiddellijk gebruik maakt van haar voorrecht.

239 A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 7, nr. 8.

Binnen de eenzijdige verbreking zal achtereenvolgens worden stilgestaan bij het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst (A), de eenzijdige verbreking door de aanbestedende overheid in het gemeen recht (B), de eenzijdige verbreking als instrument om het financieel evenwicht te bewaren (C), de eenzijdige wijziging als instrument om te sanctioneren (D) en de eenzijdige verbreking als middel om volledig herstel te bekomen voor een gebrek in de overeenkomst (E).

Bij deze bespreking van de eenzijdige verbreking zal niet worden ingegaan op de verbreking op grond van artikel 21 AAV en de verbreking overeenkomstig artikel 73, § 1 AAV in geval van een belangenconflict.

A. Het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst

58. Een omstreden beginsel – Het prerogatief van de aanbestedende overheid om de oorspronkelijke opdracht eenzijdig te verbreken is slechts één der uitoefeningswijzen van haar recht tot eenzijdige wijziging; het steunt dan ook op het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst zoals bestendigd in de AUR en AAV.

We verwijzen naar ons commentaar over dat omstreden beginsel (randnr. 4) met dien verstande dat het recht van de aanbestedende overheid tot eenzijdige verbreking hiernaast een bijkomende bestendiging vindt in het gemeen recht, met name in artikel 1794 BW, waarop de aanbestedende overheid zich te allen tijde kan beroepen, zodat de noodzaak om zich tot het beginsel van de veranderlijkheid te wenden eigenlijk verdwijnt.

B. De eenzijdige verbreking door de aanbestedende overheid in het gemeen recht

59. Artikel 1794 BW – Artikel 1, § 1 Overheidsopdrachtenwet 1993 bepaalt dat de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten op een forfaitaire grondslag gegund worden na mededinging, zodat artikel 1794 BW op dergelijke aannemingen van toepassing is.

De tekst van artikel 1794 BW lijkt op het eerste gezicht aan te geven dat het enkel van toepassing is op aanneming van werken. De opdrachten van leveringen en diensten vallen echter ook onder het toepassingsgebied van deze bepaling.²⁴⁰

De aanbestedende overheid mag een gesloten overeenkomst derhalve op om het even welk tijdstip verbreken, maar is dan krachtens artikel 1794 BW wel verplicht de aannemer schadeloos te stellen voor al zijn uitgaven²⁴¹, al zijn arbeid²⁴² en alles wat hij bij die aanneming had kunnen winnen²⁴³.

240 Cass., 4 september 1980, *Arr. Cass.*, 1980-1981, I, 7-9 en *RW*, 1980-1981, 2686-2688: "Wegens haar algemene bewoordingen is de bepaling van art. 1794 BW van toepassing op onverschillig welk materieel of intellectueel werk, op voorwaarde dat het gaat om de aanneming van een werk dat door zijn voorwerp of door een uitdrukkelijke tijdsduur bepaald is."

241 Bijv.: de reeds voor de uitvoering aangekochte specifieke materialen en materieel, waarvan de aannemer kan aantonen dat hij ze niet meer, of slechts tegen verminderde prijs bij de uitvoering van andere opdrachten kan aanwenden. De bewezen mate van onbruikbaarheid moet in dat geval vergoed worden.

242 Hiermee wordt bedoeld alle prestaties die de aannemer of zijn onderaannemer of leverancier, in het kader van de uitvoering reeds geleverd heeft, zowel op de plaats van uitvoering van de opdracht als daarbuiten (bijv. fabriek, kantoor of atelier).

243 Hiervoor moet de aannemer bewijzen hoeveel winst hij had ingecalculeerd en zou kunnen realiseren op het niet meer uit te voeren gedeelte van de opdracht.

Het bepalen van deze kosten, en vooral het bewijs ervan, is niet zo eenvoudig. Daarom wordt heel vaak, zowel in minnelijke regelingen als door de rechtspraak, gekozen voor een begroting *ex aequo et bono*, vastgelegd op 10% van het bedrag van de niet-uitgevoerde prestaties²⁴⁴. Deze 10% geldt als een forfaitaire allesomvattende vergoeding die zowel de kosten op het niet uit te voeren gedeelte als de winst dekt. Wanneer de aannemer een hoger bedrag vordert en hij de vooropgestelde forfaitaire vergoeding van 10% niet wenst te aanvaarden, moet hij zijn werkelijke kosten en winst bewijzen. Wanneer de aannemer minder dan 10% vordert of de aanbestedende overheid vermoedt dat zijn nadeel beduidend lager is, kan zeker geen vergoeding van 10% worden verantwoord en moet het werkelijk geleden bewezen nadeel worden vergoed.

C. De eenzijdige verbreking als instrument om het financieel evenwicht van de overeenkomst te bewaren

60. Situering – Op het eerste gezicht lijkt het niet dat de eenzijdige verbreking van de overheidsopdracht, naar analogie met de wijziging van overheidsopdrachten, gehanteerd kan worden als een instrument om het financieel evenwicht van die overeenkomst te bewaren. Immers, zodra de opdracht wordt verbroken, verdwijnt de contractuele relatie tussen de partijen, en daarmee de noodzaak voor een financieel evenwicht tussen die partijen.

De eenzijdige verbreking heeft echter eerder een sanctionerend karakter. Dat is zeker het geval wanneer er sprake is van schadeverwekkende gedragingen zoals bijvoorbeeld de nalatigheden, vertragingen of feiten bedoeld in artikel 16, § 1 AAV. In deze situaties lijkt het dan ook meer geëigend om over de eenzijdige verbreking te spreken als een instrument om te sanctioneren.

In het geval van onvoorziene omstandigheden, zoals bedoeld in artikel 16, § 2, 1° AAV, kan er echter bij gebrek aan enige schadeverwekkende gedraging moeilijk gesproken worden van een sanctie en spreekt men beter nog van een eenzijdige verbreking als instrument om het evenwicht van de overeenkomst te bewaren.

61. Artikel 16, § 2, 1° AAV – Krachtens artikel 16, § 2, 1° AAV en onder de erin vermelde voorwaarden kan de aannemer²⁴⁵, wanneer hij een zeer belangrijk nadeel heeft geleden als gevolg van onvoorziene omstandigheden, om verbreking van de overeenkomst vragen.

We verwijzen naar onze commentaar van artikel 16, § 2, 1° AAV onder randnummer 10 hierboven.

*D. De eenzijdige verbreking als instrument om te sanctioneren*²⁴⁶

62. Door de enkele wil of van ambtswege – Zoals gesteld heeft de eenzijdige verbreking van de overheidsopdracht als instrument tegen schadeverwekkende gedragingen eerder een

²⁴⁴ Deze 10% moet niet verward worden met de forfaitaire vergoeding vermeld in artikel 42, § 4 AAV.

²⁴⁵ Enkel de aannemer. Bij de eenzijdige verbreking van de opdracht is er geen wederkerigheid voorzien in geval van onvoorziene omstandigheden. De aanbestedende overheid kan, in tegenstelling tot de wijziging in geval van onvoorziene omstandigheden, niet overgaan tot een verbreking wanneer de aannemer een groot voordeel heeft genoten ten gevolge van onvoorziene omstandigheden. Zie: artikel 16, § 2, 4° AAV.

²⁴⁶ Zie ook Ph. COENRAETS, "A propos de la résiliation facultative et la résiliation 'sanction' dans le cadre de l'exécution des marchés publics", *T. Aann.*, 1999, 237-240.

sanctionerend karakter. Om die reden is het dan ook beter om, wanneer men te maken heeft met schadeverwekkende gedragingen, te spreken van de eenzijdige verbreking als instrument om te sanctioneren.

Hierbij dient wel de eenzijdige verbreking door de enkele wil van de aanbestedende overheid of de aannemer duidelijk te worden onderscheiden van de eenzijdige verbreking als maatregel van ambtswege die enkel aan de aanbestedende overheid toekomt.

Zo komt het recht om van ambtswege eenzijdig te verbreken enkel de overheid toe, terwijl ingeval de verbreking door de enkele wil – naargelang de omstandigheden – door zowel de aanbestedende overheid, als de aannemer kan worden gehanteerd. Bovendien zal de aanbestedende overheid bij verbreking van ambtswege geen schadevergoeding verschuldigd zijn, maar verworft ze daarentegen van rechtswege het geheel van de borgtocht als forfaitaire schadevergoeding.²⁴⁷

63. Eenzijdige verbreking door de enkele wil – De eenzijdige verbreking als sanctiemaatregel kan worden teruggevonden in de artikelen 16, § 1 en 28, § 1, 1° AAV.

Artikel 16, § 1 AAV, dat de gemeenrechtelijke contractuele aansprakelijkheidsregels omzet naar de materie van de overheidsopdrachten²⁴⁸, biedt zowel de aannemer als de aanbestedende overheid de mogelijkheid om de overeenkomst te verbreken ten gevolge van nalatigheden, vertragingen of welke feiten ook die ze hun medecontractant ten laste kunnen leggen. Dit is een toepassing van het wederkerigheidsbeginsel.

Artikel 28, § 1, 1° AAV daarentegen kan enkel door de aannemer worden ingeroepen.

64. Eenzijdige verbreking door enkele wil van de aannemer – De aannemer kan zich op basis van artikel 16, § 1, eerste lid AAV beroepen op nalatigheden, vertragingen of welke feiten ook die hij aan de aanbestedende overheid of haar personeel ten laste legt en die voor hem oorzaak zouden zijn van een vertraging en/of een nadeel, met het oog op het verkrijgen van een verbreking van de opdracht en/of schadevergoeding²⁴⁹⁻²⁵⁰.

De aannemer moet zich hoeden voor een lichtzinnige toepassing van de eenzijdige verbreking. Slechts wanneer de fouten van de aanbestedende overheid hem een dermate buitensporig financieel nadeel berokkenen dat het voortbestaan van de onderneming in het gedrang komt, kan een dergelijke ingrijpende maatregel worden overwogen.

De aannemer is krachtens artikel 28, § 1, derde lid AAV gerechtigd de verbreking van de opdracht te eisen en/of het herstel van de hierdoor geleden schade te vorderen, wanneer de in

²⁴⁷ Artikel 20, § 6, 1° AAV.

²⁴⁸ Zie hieromtrent: J. NOËL (ed.), op. cit., 578-581, nrs. 693-697; C. DE KONINCK, op. cit., 379, nr. 459.

²⁴⁹ Wanneer artikel 16, § 1 AAV van toepassing is, kan de aannemer aanspraak maken op een integrale schadevergoeding van de door hem geleden schade.

²⁵⁰ Bijv.: geen toegang tot de plaats waar de levering moet gebeuren, fouten in de door de aanbestedende overheid aan de aannemer verstrekte documenten of het ontbreken of de onvolledigheid van de door de aanbestedende overheid voor de studie te verstrekken gegevens.

eerste lid van dat artikel gestelde termijnen van vijfenveertig en zestig kalenderdagen verstrijken zonder dat de aanbestedende overheid een datum voor de aanvang van de werken heeft vastgesteld of indien zij die datum buiten deze termijnen heeft bepaald.

65. Eenzijdige verbreking door de enkele wil van de aanbestedende overheid – De aanbestedende overheid kan zich krachtens artikel 16, § 1, tweede lid AAV beroepen op nalatigheden, vertragingen of welke feiten ook die het aan de aannemer of zijn personeel ten laste legt, en die voor haar oorzaak zouden zijn van een vertraging en/of een nadeel, met het oog op het verkrijgen van een wijziging van de opdracht en/of schadevergoeding.

Het is wel zo dat de aanbestedende overheid daarnaast nog over tal van andere sanctiemogelijkheden tegenover de aannemer beschikt²⁵¹, zodat de toepassing van artikel 16, § 1, tweede lid AAV in de praktijk weinig toepassing zal vinden.

66. De eenzijdige verbreking als maatregel van ambtswege – Krachtens artikel 20, § 6, eerste lid, 1° AAV is de aanbestedende overheid gerechtigd om als maatregel van ambtswege eenzijdig de opdracht te verbreken.²⁵²

In dat geval verwerft de aanbestedende overheid van rechtswege het geheel van de borgtocht als forfaitaire schadevergoeding. Deze maatregel sluit echter wel de toepassing uit van iedere boete wegens laattijdige uitvoering op het deel waarop de verbreking slaat.²⁵³ Om beroep te kunnen doen op de eenzijdige verbreking als maatregel van ambtswege moet er echter sprake zijn van een ernstige tekortkoming in hoofde van de aannemer.²⁵⁴

Als een ernstige tekortkoming wordt beschouwd de gebrekkige uitvoering van de opdracht door de aannemer, die hem bij proces-verbaal werd medegedeeld en waarvoor hij geen afdoende verantwoording kan geven²⁵⁵

De uitvoering is gebrekkig in hoofde van de aannemer wanneer de prestaties niet geheel voltooid zijn binnen de contractuele bedongen uitvoeringstermijn of op de verschillende voor de gedeeltelijke voltooiingen vastgestelde data, wanneer, ongeacht het ogenblik, de prestaties niet zodanig vorderen dat zij op de vastgestelde data volledig kunnen worden voltooid, wanneer de aannemer de geldig gegeven schriftelijke bevelen van de aanbestedende overheid niet

²⁵¹ Bijv.: verdragsboetes, ambtshalve maatregelen, kortingen, herzieningen of erkennings sancties.

²⁵² De andere mogelijke maatregelen van ambtswege zijn: de uitvoering in eigen beheer van het geheel of van een deel van de niet-uitgevoerde opdracht en het sluiten van één of meerdere overeenkomsten voor rekening met één of meerdere derden voor het geheel of een deel van de nog uit te voeren opdracht. Zie artikel 20, § 6 AAV.

²⁵³ Artikel 20, § 6, eerste lid, 1° AAV. Zie Cass., 19 september 2008, *T. Aann.*, 2009, p. 49 dat verduidelijkt dat de uitsluiting niet geldt voor vertragingen vóór verbreking.

²⁵⁴ D. BATSELE, Ph. FLAMME en Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 314.

²⁵⁵ Zie artikel 20, § 2 AAV. Zie ook: Cass., 3 september 2009, C.08.0212.N: hierin wordt beslist dat het rechtsgevolg dat het stilzwijgen geldt als erkenning van de vastgestelde feiten niet intreedt indien de aannemer alle tekortkomingen vermeld in het proces-verbaal van vaststelling bedoeld in artikel 47, eerste lid, AAV (1977) heeft betwist vóór de toezending van het proces-verbaal en die betwisting bekend was aan het aanbestedende bestuur; Cass., 3 september 2009, C.08.0240.N: hier beslist het Hof van Cassatie dat het verval van het recht inzake ambtshalve maatregelen ten gevolge van het tijdig opsturen van zijn verweermiddelen door de aannemer niet los staat van de beoordeling ten gronde van bedoeld verweer. Voor een nadere bespreking van beide arresten met een andersluidende commentaar zie: *T. Aann.*, 2010, p. 45 en p. 60, met andersluidende commentaar van enerzijds J. HONNAV, en anderzijds S. LEROY.

naleeft, of wanneer de prestaties niet uitgevoerd worden volgens de voorschriften bepaald in de opdracht.²⁵⁶

Wordt ook als een ernstige tekortkoming beschouwd het verzuim van borgstelling wanneer, na ingebrekestelling door de aanbestedende overheid, het bewijs van de borgstelling nog steeds niet kan worden voorgelegd.²⁵⁷

Het bestaan van handelingen, overeenkomsten of afspraken in de zin van artikel 11 Overheidsopdrachtenwet 1993 is eveneens een ernstige tekortkoming in hoofde van de aannemer beschouwd.²⁵⁸ Het toevertrouwen van het geheel of een gedeelte van de opdracht aan een onderaannemer die niet voldoet aan de eisen gesteld in artikel 10 AAV is ook een ernstige tekortkoming in hoofde van de aannemer die aanleiding kan geven tot een van ambtswege eenzijdige verbreking.²⁵⁹

Andere voorbeelden zijn het afzien van de werken of de precaire financiële toestand van de aannemer, waardoor een correcte uitvoering van de werken in het gedrang komt.

E. La résiliation du contrat par le pouvoir adjudicateur comme mode de réfection de l'irrégularité de la décision d'attribution

67. Une obligation? – L'on a vu que certains auteurs ont clairement admis que le pouvoir adjudicateur a l'obligation de poursuivre l'annulation judiciaire du contrat ensuite du constat d'illégalité de la décision d'attribution qui le précède²⁶⁰. Pour les mêmes raisons, l'on peut se demander si, sans rechercher à remettre en cause l'exécution antérieure du contrat afin de ménager la légitime confiance de l'adjudicataire, l'intérêt général, ainsi que la sécurité juridique et économique des parties, le pouvoir adjudicateur ne doit pas résilier unilatéralement le contrat, lorsque l'acte irrégulier qui a été sanctionné n'est pas réfectible. En d'autres termes, le pouvoir adjudicateur est-il tenu de dénoncer unilatéralement le contrat afin de faire cesser pour l'avenir l'illégalité dont est entachée sa décision initiale que la convention prolonge?

Certains auteurs se sont engagés en ce sens, déduisant pareille obligation d'un arrêt de la Cour de Justice du 18 juillet 2007, en cause Commission/Allemagne (C-503/04)²⁶¹.

68. L'arrêt "Braunschweig II" – Dans cet arrêt, la Commission y poursuivait, par la voie d'une procédure en manquement (art. 228, § 1, du Traité), la condamnation de la République d'Allemagne pour n'avoir pas pris les mesures découlant de l'arrêt de la Cour de Justice du 10 avril 2003 (C-20/01 et C-28/01) concernant la conclusion d'un contrat pour l'évacuation des eaux

²⁵⁶ Artikel 20, § 1 AAV.

²⁵⁷ Zie artikel 6, § 2 AAV.

²⁵⁸ Zie artikel 22 AAV. Zie ook: de algemene studie in Europees en Belgisch perspectief "Mededingingsbeperkende afspraken in procedure tot gunning van overheidsopdrachten en hun bestrijdingsmechanismen" van L. DEPUYDT en T. BRUYNINCKX in *T. Aann.*, 2009, p. 7-30 en 107-123.

²⁵⁹ Zie artikel 10, § 2, in fine AAV.

²⁶⁰ Supra, n° 43.

²⁶¹ S. WAUTHIER, "Standstill: les contraintes de la transparence ou de la mise en œuvre du délai d'attente en droit belge des marchés publics", in *Jaarboek overheidsopdrachten/Chronique des marchés publics. 2007/2008*, Bruxelles, EBP, 2008, p. 485, n° 66. Adde: Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, 2^{ème} éd. par Ph. FLAMME, p. 318.

usées de la commune de Bockhorn et d'un contrat pour l'élimination des déchets de la ville de Brunswick, contrats conclus en méconnaissance du droit communautaire au terme de cet arrêt. En somme, la Commission reprochait à cet Etat membre de n'avoir pas fait procéder à la résiliation de ces conventions. L'Etat allemand faisait valoir que l'article 2, paragraphe 6, second alinéa, de la Directive 89/665, qui permet aux Etats membres de prévoir dans leur législation que, après la conclusion du contrat qui suit l'attribution d'un marché public, l'introduction d'un recours ne peut donner lieu qu'à l'octroi de dommages-intérêts et, ainsi, d'exclure toute possibilité de résiliation de ce contrat, s'oppose à ce que la constatation d'un manquement au sens de l'article 226 CE au sujet de tels contrats entraîne l'obligation de résilier ceux-ci. S'y opposeraient également, les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime, le principe *pacta sunt servanda*, le droit fondamental de propriété, l'article 295 CE ainsi que la jurisprudence de la Cour en matière de limitation des effets d'un arrêt dans le temps.

La Cour rejette ces divers arguments (pts. 33 à 39).

S'agissant de l'article 2, paragraphe 6, second alinéa, de la Directive 89/665, elle indique que, s'il est vrai que ladite disposition autorise les Etats membres à maintenir les effets de contrats conclus en violation des directives en matière de passation des marchés publics et protège ainsi la confiance légitime des cocontractants, elle ne saurait, sans réduire la portée des dispositions du traité CE établissant le marché intérieur, avoir pour conséquence que le comportement du pouvoir adjudicateur à l'égard des tiers doive être considéré comme conforme au droit communautaire postérieurement à la conclusion de tels contrats. Or, si l'article 2 de la Directive 89/665 n'affecte pas l'application de l'article 226 CE, il ne saurait pas non plus affecter l'application de l'article 228 CE, sous peine, dans une situation telle que celle de l'espèce, de réduire la portée des dispositions du traité établissant le marché intérieur. Par ailleurs, l'article 2 de la Directive 89/665, laquelle a pour objet de garantir l'existence, dans tous les Etats membres, de moyens de recours efficaces en cas de violation du droit communautaire en matière de marchés publics ou des règles nationales transposant ce droit, afin de garantir l'application effective des directives portant coordination des procédures de passation des marchés publics concerne, ainsi qu'il résulte de son libellé, la réparation qu'une personne lésée par une violation commise par un pouvoir adjudicateur peut obtenir de ce dernier. Or, en raison de sa spécificité, cette disposition ne saurait être considérée comme réglant également la relation entre un Etat membre et la Communauté, relation dont il s'agit dans le contexte des articles 226 CE et 228 CE.

La Cour considère ensuite qu'à supposer même que le pouvoir adjudicateur puisse se voir opposer par son cocontractant les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime, du principe *pacta sunt servanda* ainsi que du droit de propriété en cas de résiliation du contrat, un Etat membre ne saurait, en tout état de cause, s'en prévaloir pour justifier la non-exécution d'un arrêt constatant un manquement au titre de l'article 226 CE et, de ce fait, échapper à sa propre responsabilité en droit communautaire.

En somme, l'arrêt condamne, pour contrariété à la libre prestation des services, le maintien d'un contrat conclu en violation des dispositions européennes relatives à la passation des marchés publics.

69. Conséquences – Doit-on en conclure que l'administration est tenue de poursuivre la résiliation d'un contrat passé en violation de la réglementation applicable en matière de marchés

publics? Sans doute, l'arrêt avait-il trait à un marché public de services soumis à publicité européenne. Son enseignement devrait toutefois pouvoir être également étendu, compte tenu des dispositions du traité, aux marchés de travaux et fournitures non soumis à publicité européenne, mais présentant un élément d'extranéité²⁶². Sans doute aussi, l'arrêt confirme que l'article 2, paragraphe 6, second alinéa, de la Directive 89/665, permet aux Etats membres de maintenir les effets de contrats conclus en violation des directives en matière de passation des marchés publics. L'avocat général VERICA TRSTENJAK a toutefois clairement indiqué dans ses conclusions concernant l'arrêt du 18 juillet 2007 que l'effet utile des directives marchés publics impliquait la suppression du contrat passé en violation de ces directives²⁶³, ce qui pourrait laisser penser que l'obligation de mettre un terme au contrat s'impose dans toutes les situations, même lorsque le marché n'est pas soumis à la publicité européenne et qu'il ne présente pas d'élément d'extranéité. L'incertitude reste toutefois présente.

Dans l'attente de futurs développements, les pouvoir adjudicateurs refuseront le plus souvent de dénoncer le marché. Outre le coût financier qu'engendreront ces démarches, l'on peut comprendre que l'administration préférera maintenir un contrat qui, même affecté d'un vice, permet de satisfaire à des besoins d'intérêt général qu'un arrêt du contrat viendra nécessairement menacer. Personne, pas même les tiers soumissionnaires évincés, ne peuvent alors se substituer à l'administration pour pallier son inertie. Sauf habilitation légale, en effet, les particuliers ne peuvent se substituer aux pouvoirs publics dans l'exercice de leurs missions. L'article 33 de la Constitution s'y oppose.

Le concurrent irrégulièrement évincé ne peut alors s'adresser à un juge pour que ce dernier enjoigne au pouvoir adjudicateur de mettre unilatéralement fin au contrat. Le respect du principe de la séparation des pouvoirs interdit en effet à un magistrat de s'engager dans cette voie. Un recours en annulation devant le Conseil d'Etat dirigé contre la décision du pouvoir adjudicateur refusant de résilier le contrat semble, à suivre la jurisprudence récente du Conseil d'Etat de France, toutefois envisageable²⁶⁴.

§ 2. De meerzijdige verbreking van overheidsopdrachten

70. Situering – Wat betreft de meerzijdige verbreking van overheidsopdrachten dient er een onderscheid gemaakt te worden tussen enerzijds de meerzijdige verbreking op grond van een recht toegekend door de AAV, en anderzijds de meerzijdige verbreking bij het ontbreken van een dergelijk recht.

71. Recht toegekend door de AAV: artikelen 16, 20 en 28 – De artikelen 16, 20 en 28 AAV kennen de aannemer en/of de aanbestedende overheid het recht toe om in bepaalde specifieke

²⁶² A.-L. DURVIAUX et D. FISSE, *op. cit.*, p. 200; W. TIMMERMANNS en T. BRUYNINCKX, "Het arrest "Braunschweig" van het Hof van Justitie: een revolutie in de rechtsbescherming bij overheidsopdrachten?", in *Jaarboek Overheidsopdrachten/Chronique des marchés publics*, 2008-2009, Bruxelles, EBP, p. 769.

²⁶³ Conclusions de l'Avocat général VERICA TRSTENJAK, pts. 76-77.

²⁶⁴ CE fr., n° 293.836, 17 décembre 2008, Association pour la protection de l'environnement du Lunellois, M. BOISSIER, M. SARAZIN, *AJDA*, 2008, p. 542, note de J.-D. DREYFUS, au motif qu'il s'agirait d'un acte détachable de ce contrat. En ce sens, déjà, CE fr., n° 270.432, 8 décembre 2004, *Société Eiffel distribution*.

gevallen de overheidsopdracht te “verbreken”²⁶⁵ of de verbreking ervan te “bekomen”²⁶⁶, te “vragen”²⁶⁷ of te “eisen”²⁶⁸.

Wanneer de andere contracterende partij instemt met de krachtens dat recht gevraagde verbreking, is er sprake van een meerzijdige verbreking op grond van een recht toegekend door de AAV.

72. Geen recht toegekend: artikel 1134 BW – Wanneer de wetgever geen expliciet verbrekingsrecht voorzien heeft, dient er, bij gebrek aan specifieke bepalingen hieromtrent, teruggegrepen te worden naar de algemene regels van het burgerlijk recht.

Artikel 1134 BW bepaalt dat alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan degenen die ze hebben aangegaan tot wet strekken. Ze kunnen niet worden herroepen dan met de wederzijdse toestemming van de contracterende partijen of op gronden door de wet erkend.

Overeenkomsten kunnen derhalve, mits wederzijdse toestemming van de contracterende partijen, wederzijds verbroken worden.

§ 3. Mogelijke beroepen en de (on)bevoegdheid van de Raad van State

73. In principe zijn de gewone hoven en rechtbanken bevoegd om kennis te nemen van geschillen betreffende de schadevergoeding ingevolge de verbreking van overheidsopdrachten.

74. De Raad van State heeft steeds geoordeeld dat de theorie van “l’acte détachable” niet van toepassing is op de verbreking van een overeenkomst.²⁶⁹

Recentelijk lijkt de Raad van State echter langzaam maar zeker van dit standpunt af te stappen.

In een arrest van 20 september 2005 oordeelde de Raad van State dat ze manifest onbevoegd is om kennis te nemen van geschillen die handelen over de verbreking van een overeenkomst, toegepast op grond van clausules die deze overeenkomst bevat.²⁷⁰ Doordat de Raad van State sprak van onbevoegdheid om kennis te nemen van geschillen die handelen over de verbreking toegepast op grond van contractuele clausules, leek zij impliciet de mogelijkheid open te laten om wel bevoegd te zijn voor verbrekingen die niet gestoeld waren op contractuele clausules, zoals deze die gebaseerd zijn op motieven van algemeen belang.

²⁶⁵ Artikel 20 AAV.

²⁶⁶ Artikel 16 AAV.

²⁶⁷ Artikel 16 AAV.

²⁶⁸ Artikel 28 AAV.

²⁶⁹ R.v.St., nr. 39.471, 26 mei 1992, La désinfection intégrale; R.v.St., nr. 39.472, 26 mei 1992, Rastop; R.v.St., nr. 43.250, 9 juni 1993; R.v.St., nr. 59.783, 24 mei 1996, NV Compagnie Belge des Automatiques, R.v.St., nr. 67.990, 5 september 1997, Wolf; R.v.St., nr. 170.916, 8 mei 2007, Vandelacluze.

Zie kritiek hierop: D. LAGASSE, “La théorie administrative des actes détachables est-elle dans une impasse?”, *RCJB*, 1999, 11-19.

²⁷⁰ R.v.St., nr. 149.093, 20 september 2005, SA ABATIR. Zie ook: R.v.St., 28 maart 2000, nr. 86.268, NV ATAB; R.v.St., nr. 137.417, 22 november 2004, Singule & Koekelbergh.

In het arrest Rudelopt van 25 september 2007 bestendigde de Raad van State deze impliciete mogelijkheid, zij het voor een concessie van openbaar domein.²⁷¹ In dat arrest herhaalde de Raad van State eerst haar standpunt dat het beëindigen van de overeenkomst door een administratieve overheid op grond van een recht op verbreking vervat in die overeenkomst in principe geen eenzijdige administratieve handeling is en bijgevolg ook niet het voorwerp van een beroep voor de Raad van State kan uitmaken. Vervolgens nuanceerde ze dat echter door te stellen dat sommige overeenkomsten, met name de administratieve contracten, zowel contractuele elementen als gezagsmomenten (“éléments d’autorité”) bevatten en niet volledig beheerst worden door het burgerlijk recht. Om ten slotte te besluiten dat de beslissing op grond waarvan een administratieve overheid een einde stelt aan een concessie van openbaar domein voor motieven van algemeen belang, genomen wordt krachtens de macht van het bestuur en niet bij uitoefening van de rechten die haar toekomen als partij van een overeenkomst. Hiermee lijkt de Raad van State te stellen dat ze bevoegd is om kennis te nemen van geschillen omtrent verbrekingen die gekwalificeerd kunnen worden als eenzijdige administratieve beslissingen.

De hamvraag is of deze stelling door de Raad van State ook zal gehanteerd worden in de materie van de overheidsopdrachten. Moest dat zo zijn, dan zou dit betekenen dat men in de toekomst voor verbrekingen die niet gestoeld zijn op een contractuele bepalingen hieromtrent, een beroep bij de Raad van State zou kunnen indienen. Een mogelijk probleem zou in dat geval echter kunnen zijn dat de AAV, die verschillende verbrekingsbepalingen bevat, zou geacht worden deel uit te maken van de overeenkomst, waardoor de kans op een verbreking op niet contractuele basis, maar als eenzijdige rechtshandeling, veel geringer wordt. Het arrest WATCO²⁷² lijkt hier echter reeds aan tegemoet te komen.

Chapitre V. La reconduction du marché

75. Définition – Une fois le marché exécuté, l’administration peut vouloir que les relations contractuelles établies avec l’adjudicataire se poursuivent à l’avenir. Désireuse d’éviter la multiplication des procédures, par exemple dans les marchés de biens courants, ou tout simplement satisfaite des prestations fournies par l’adjudicataire précédent, elle souhaitera alors que ce soit le même cocontractant qui soit à nouveau désigné. Il peut également en être ainsi si, pour des raisons techniques, la poursuite du contrat avec l’adjudicataire précédent apparaît comme la solution la plus appropriée. Dans ces cas de figure, l’administration entendra que le contrat conclu à durée déterminée soit reconduit, c’est-à-dire, reproduit par une nouvelle convention, en principe, aux conditions et clauses identiques au précédent²⁷³.

Dès lors qu’elle suppose que le contrat initial soit achevé, la reconduction doit être distinguée de la prolongation des délais d’exécution du contrat initial dont l’objet reste inchangé. Elle se différencie ainsi également de la prorogation du marché. Dans ce cas de figure en effet, le pouvoir adjudicateur étend le marché initial à des prestations non initialement prévues. Il modifie

²⁷¹ R.v.St., nr. 174.964, 25 september 2007, Rudelopt.

²⁷² R.v.St., nr. 142.998, 12 april 2005, SA WATCO.

²⁷³ B. KOHL, “La prorogation et la reconduction du contrat”, in *La fin du contrat*, Bruxelles, Larcier, CUP, 2001, vol. 51, p. 276, n° 13.

ainsi l'objet d'un contrat qui est maintenu, ce maintien étant un effet nouveau par rapport à la convention initiale²⁷⁴. La prorogation est en outre nécessairement décidée pendant l'exécution du marché, à la différence de la reconduction qui, elle, est postérieure au marché initial; la prorogation est donc nécessairement antérieure à la fin de l'exécution du marché, dont elle suppose qu'il ne soit pas achevé, de sorte qu'elle s'analyse comme une modification du marché. La reconduction vise, elle, le renouvellement, la réitération ou la répétition de prestations achevées.

76. Mesures de publicité – Dès lors qu'elle suppose la conclusion d'un nouveau contrat²⁷⁵, à tout le moins l'attribution d'un nouveau marché²⁷⁶, toute reconduction doit, en principe, faire l'objet d'une mise en concurrence, ce qui constitue un obstacle à la reconduction immédiate du contrat.

Toutefois, outre qu'elle peut toujours se prévaloir de l'urgence ou des hypothèses prévues par l'article 17, § 2, 1°, a) et f), de la loi du 24 décembre 1993²⁷⁷, l'administration peut également recourir à la procédure négociée sans publicité dans différentes situations qui permettront une reconduction du contrat.

Ainsi, l'article 17, § 2, 2°, b), de la loi du 24 décembre 1993, permet d'attribuer par procédure négociée sans publicité, des marchés de travaux ou de services nouveaux consistant dans la répétition d'ouvrages ou services similaires à l'adjudicataire d'un premier marché. Ces travaux ou services doivent toutefois être conformes à un "projet de base". Le pouvoir adjudicateur ne peut donc procéder par procédure négociée que s'il a prévu lors de l'attribution du marché initial d'attribuer au cours de plusieurs périodes successives, des travaux ou des prestations de services susceptibles d'être attribués de façon répétitive. Ce projet doit, en outre, avoir fait l'objet d'un premier marché passé par adjudication ou sur appel d'offres. La possibilité de recourir à la procédure négociée doit être indiquée dès la mise en concurrence du premier marché. Elle est, en outre, limitée à une période de trois ans après la conclusion du marché initial. Des controverses ont surgi à propos de cette dernière condition. La Cour de Justice a eu l'occasion d'indiquer à cet égard que le point de départ du calcul de ce délai de trois ans est la date de conclusion du contrat²⁷⁸. L'article 26, § 1^{er}, 2°, b), de la loi du 15 juin 2006, lequel reproduit cette hypothèse, reprend désormais cette précision.

Pour les marchés de fournitures, l'article 17, § 2, 3°, b), de la loi du 24 décembre 1993, permet également de procéder à la reconduction du contrat. Cette disposition prévoit, notamment²⁷⁹, qu'il peut être procédé par procédure négociée sans publicité pour l'achat de fournitures complémentaires auprès du fournisseur initial qui sont destinées à l'extension de fournitures ou

274 B. KOHL, *op. cit.*, p. 280, n° 19.

275 CE, n° 14.495, 2 février 1971, *NV Ondernemingen Jan De Nul*, Comp.: CE, arrêt du 28 octobre 1981, *Pas.*, 1983, IV, p. 86: "la prorogation" d'une concession portant sur un mode particulier de jouissance de biens du domaine public, s'analyse en réalité, non en la reconduction ou en la prorogation d'un contrat, mais en une nouvelle concession à la même personne".

276 Cour des Comptes, *Les marchés publics d'infrastructure à Bruxelles*, mai 2003, p. 14.

277 Hypothèses reprises par l'article 26, § 1^{er}, 1°, a) et f), de la loi du 15 juin 2006.

278 CJCE, C-385/02, 14 septembre 2004, *Commission c/ Italie*, pt. 34.

279 La même disposition prévoit qu'il peut également être recouru à la procédure négociée sans publicité aux mêmes conditions lorsque les fournitures sont destinées au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant. Cette hypothèse ne donnera pas lieu le plus souvent à une reconduction du marché aux mêmes conditions, puisque les quantités commandées seront le plus souvent moindres que celles initialement livrées.

d'installations existantes, si le changement de fournisseur obligeait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différent entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées²⁸⁰.

77. Validité des clauses de (tacite) reconduction – Le plus souvent, la reconduction éventuelle du marché est prévue d'emblée par le contrat initial. La question se pose de savoir si dans cette hypothèse particulière, la poursuite du contrat constitue également l'attribution d'un nouveau marché. Tout dépend, à ce propos, de la formulation du contrat et des termes qui y sont employés. Ainsi, s'il y est prévu qu'à l'échéance, la convention sera reconduite pour une période déterminée si les parties en manifestent la volonté, l'on se trouve en présence d'un contrat nouveau qui tire sa force obligatoire, non du contrat primitif, mais de l'accord ultérieur des parties de le reconduire²⁸¹. La question est plus délicate lorsque le contrat prévoit qu'il est renouvelable par tacite reconduction pour des périodes successives déterminées, sauf préavis donné par l'une ou l'autre partie. Certains estiment à ce propos que l'absence de dénonciation du contrat initial n'entraîne pas l'attribution d'un nouveau marché mais simplement la poursuite du premier contrat²⁸²⁻²⁸³. La doctrine actuelle, s'appuyant sur la jurisprudence du Conseil d'Etat de France²⁸⁴, considère que, même dans cette hypothèse, la poursuite du contrat constitue l'attribution d'un nouveau marché²⁸⁵. Ce dernier ne peut donc être passé avec l'adjudicataire du contrat précédent que pour autant que les conditions de passation par procédure négociée sans publicité se trouvent réunies²⁸⁶. La validité des clauses tacites de reconduction peut dès lors être sérieusement mise en doute. La décision de procéder à l'attribution d'un marché par procédure négociée doit en effet faire l'objet d'une décision formellement motivée de l'administration. A défaut, le recours à cette procédure est irrégulier²⁸⁷. Or, par définition, cette décision fait nécessairement défaut lorsque la reconduction a lieu automatiquement à l'expiration du terme du contrat initial.

Face à cette difficulté, l'article 37, § 2, de la loi du 15 juin 2006 prévoit que dès sa conclusion, un marché peut comporter une ou plusieurs reconductions, selon les modalités mentionnées dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges. Il ne sera dès lors plus nécessaire, durant la période couverte par ces reconductions – en général, 4 ans – de justifier la reconduction du contrat par une des hypothèses de procédure négociée.

280 Disposition reprise par l'article 26, § 1^{er}, 3°, b), de la loi du 15 juin 2006.

281 CE, n° 41.519, 8 janvier 1993, *SC Société régionale du logement du borinage*.

282 Voy. Cour des Comptes, 158^{ème} (11^{ème} Cahier d'observations, Fasc. Ier, *Doc. parl. Wall.*, 279 (2001-2002) - n° 1, p. 28.

283 Sans qu'il ne tranche la question, le Conseil d'Etat a décidé dans un arrêt n° 86. 723 du 7 avril 2000 "qu'en ne résiliant pas, à un moment où elles en avaient contractuellement la possibilité, des contrats qui ont été conclus pour trois triennats successifs et qui étaient ensuite renouvelables par tacite reconduction, les parties adverses se sont abstenues d'user d'une faculté: qu'aucune décision n'était requise à cet effet et qu'il ne ressort pas du dossier qu'une telle décision aurait été prise en l'espèce; (...); que, indépendamment de la qualité des parties désignées comme parties adverses, l'abstention d'user d'une faculté - en l'occurrence celle de résilier des contrats - ne constitue pas un acte susceptible de recours et qu'il ne saurait s'en déduire une quelconque décision implicite de refus de conclure avec les requérantes; qu'en l'absence d'actes qui, au stade actuel de la procédure, pourraient être considérés comme des actes susceptibles de recours, la demande de suspension est irrecevable". En indiquant que l'expiration du contrat n'imposait aucune décision quant à l'éventuelle résiliation du contrat, pas même celle de ne pas mettre fin au contrat, l'on ne peut savoir si la Haute juridiction administrative admet ou non qu'une clause de tacite reconduction implique le maintien et la poursuite du contrat existant.

284 CE fr., n° 205.143, 29 novembre 2000.

285 P. THIEL, *Mémento des marchés publics*, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 488.

286 M.-A. FLAMME et alii, *op. cit.*, t. 1, p. 339, n° 27; Cour des Comptes, *Les marchés publics d'infrastructure à Bruxelles*, mai 2003, p. 14.

287 Voy., notamment: CE, n° 163.472, 11 octobre 2006, *SA Axa Belgium*.

Il n'est toutefois pas interdit, dans l'attente de l'entrée en vigueur de cette disposition, d'insérer une clause de reconduction semi-automatique²⁸⁸ dans le contrat initial. Cette clause prévoira que si l'une des parties le souhaite - le plus souvent, le pouvoir adjudicateur -, le contrat sera renouvelé à son terme. Dans cette situation, l'administration est appelée à exprimer expressément sa volonté de voir se poursuivre le contrat. A cette occasion, elle peut formaliser la décision dans laquelle elle précise les motifs lui permettant de recourir à la procédure négociée sans publicité. Une autre solution pourrait également être envisagée, qui prévoirait, lorsque la durée du marché n'est pas légalement limitée, que le contrat est conclu pour une durée de plusieurs années, moyennant la faculté pour l'administration de résilier, sans indemnité, le contrat au terme de chaque année anniversaire de sa conclusion²⁸⁹. Dans ce cas de figure, il est d'ailleurs erroné de parler de reconduction, si ce n'est d'une reconduction d'affectation budgétaire²⁹⁰.

78. Conséquences sur l'exécution du contrat - Ensuite de la reconduction du marché, celui-ci est, en principe, reconduit aux mêmes clauses et conditions que le précédent. Une modification de certaines modalités du contrat n'est toutefois pas à exclure lorsque la reconduction n'était pas prévue par le contrat initial. Dans ce cas de figure, en effet, l'application de la procédure négociée sans publicité permet à chacune des parties de renégocier les conditions du marché.

La reconduction emporte toutefois la conclusion d'un nouveau contrat. Les garanties fournies par des tiers (caution) comme les contrats accessoires liés au contrat initial (par exemple, un contrat d'assurance) ne sont donc pas automatiquement reconduits. Le pouvoir adjudicateur prendra dès lors soin de vérifier que ces garanties et accessoires sont également renouvelés.

Enfin, la durée des marchés reconduits n'est pas entièrement libre. Ainsi, la durée des marchés de fourniture passés par procédure négociée suivant l'article 17, § 2, 3°, b), de la loi du 24 décembre 1993, ainsi que les marchés renouvelables, ne peuvent, en règle générale, dépasser trois ans. Lorsque la reconduction vise des travaux ou services nouveaux consistant dans la répétition d'ouvrages ou services similaires, la durée des contrats renouvelés est également restreinte. L'article 17, § 2, 2°, b), de la loi du 24 décembre 1993, prévoit en effet que le recours à cette procédure est limité à une période de trois ans après la conclusion du marché initial. Si le marché initial est d'une durée d'un an - il en est, en principe, ainsi des contrats d'assurance dont la durée est limitée par l'article 30 de la loi du 15 juin 1992 à un an²⁹¹ -, il pourra être reconduit deux fois²⁹². S'il est de

²⁸⁸ Cette expression est empruntée à B. KOHL, op. cit., pp. 281 et 285.

²⁸⁹ Comme il a été déjà mentionné, l'abstention d'user d'une faculté - en l'occurrence celle de résilier des contrats - ne constitue pas un acte susceptible de recours (CE, n° 86.723, 7 avril 2000, *NV Fabrieken der Gebroeders De Beukelaar et NV Business Panel*).

²⁹⁰ La décision par laquelle l'autorité "reconduit" le marché ne fait dès lors que confirmer la conséquence juridique d'une clause contractuelle, sans pouvoir emporter par elle-même d'effets juridiques, de sorte qu'il ne s'agit pas d'un acte administratif créateur de droits susceptible de recours au Conseil d'Etat (CE, n° 62.324, 4 octobre 1996, *Société anonyme de droit français, Société Informatique Européenne*).

²⁹¹ Sur la reconduction de ce type de marchés, voy. la circulaire de la Région de Bruxelles-capitale du 31 mai 2001, *MB*, 31 mai 2001; ainsi que la circulaire CIRC/2002/03 du 5 avril 2002 relative aux services d'assurances, *MB*, 5 juin 2002.

²⁹² Un marché passé par appel d'offres (ou adjudication) pour un an est ainsi renouvelable jusqu'à trois ans, et non quatre, comme indiqué par la circulaire précitée du 5 avril 2002. Dès lors que la reconduction du marché suppose son achèvement, elle ne peut avoir lieu qu'une fois dépassée la date anniversaire de la conclusion du contrat. Par conséquent, la troisième reconduction d'un contrat conclu initialement pour une durée d'un an et reconduit deux fois pour un an, sera postérieure à la date anniversaire de la conclusion du contrat. Elle aura ainsi lieu en dehors de la période de trois ans prévue par l'article 17, § 2, 2°, b), de la loi du 24 décembre 1993.

deux ou trois ans, il ne pourra, par contre être reconduit qu'une fois²⁹³. Au-delà, cette disposition ne permettra pas la reconduction du contrat puisque son achèvement sera postérieur au délai précité de trois ans à compter à partir de la conclusion du contrat. L'article 37, § 2, de la loi 15 juin 2006 prévoit quant à lui que la durée totale du marché, y compris les reconductions, ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché.

La législation belge rejoint ainsi partiellement²⁹⁴ la position de la Cour de Justice et de la Cour des Comptes²⁹⁵ concernant la conclusion de marchés pour une durée indéterminée. La juridiction luxembourgeoise, tout en admettant que le droit communautaire, dans son état actuel, n'interdit pas la conclusion de marchés publics (de services) à durée indéterminée²⁹⁶, a indiqué que cette pratique est en soi étrangère au système et à la finalité des règles communautaires en matière de marchés publics. Cette manière d'agir peut en effet, selon cette juridiction, avoir pour effet, à terme, d'entraver la concurrence entre les prestataires de services potentiels et d'empêcher l'application des dispositions des directives communautaires en matière de publicité des procédures de passation des marchés publics²⁹⁷.

Par conséquent, même un contrat reconduit sur la base de l'article 17, § 2, 1°, a), c) ou f), de la loi du 24 décembre 1993, ne peut aboutir à ce que le marché initial atteigne une durée indéterminée. Le respect de la *ratio legis* des directives communautaires implique qu'il soit régulièrement remis en concurrence. Cette périodicité peut "être appréciée par le pouvoir adjudicateur en fonction de l'objet du marché, d'une part, et de la convenance des prestations et des prix au besoin exprimé, d'autre part"²⁹⁸.

*
* *

Besluit - Conclusion

79. In enkele woorden een onderzoek afsluiten dat het voorwerp zou kunnen uitmaken van een uitgebreid doctoraat en dat door ons uiteindelijk slechts beknopt kon worden weergegeven is een ondankbare en moeilijke oefening. We kunnen niet anders dan vaststellen dat de principes en de algemene filosofie van het burgerlijk recht maar al te vaak opzij worden geschoven in deze materie. Bij de aanneming van de uitvoeringsbesluiten van de wet van 15 juni 2006, leek het ons derhalve nuttig om even te blijven stilstaan bij de toepasselijkheid van enkele van deze van het gemeen recht afwijkende regels.

Daarenboven heeft de regelgeving en rechtspraak uit Europa, net zoals in andere materies, enkele vragen doen rijzen die tot op heden onbeantwoord blijven. De toekomst zal uitwijzen of

²⁹³ J. NOËL (dir.), op. cit., p. 215.

²⁹⁴ Voy., en effet, les articles 28, al. 1^{er}, 2^e et 54, ali. 5, 2^e, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

²⁹⁵ Notamment: 158^{ème} (11^{ème}) Cahier d'observations, Fasc. Ier, *Doc. parl. Wall.*, (2001-2002), 279/1, p. 28.

²⁹⁶ Par conséquent, une clause par laquelle les parties s'engagent à ne pas résilier pendant une certaine période un marché conclu pour une durée indéterminée ne peut être d'emblée considérée comme illicite au regard du droit communautaire des marchés publics.

²⁹⁷ CJCE, C-454/06, 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*, pt. 73-74.

²⁹⁸ Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, op. cit., 2^{ème} éd. par Ph. FLAMME, p. 96.

nouveaux structurels hervormingen aan het Belgische systeem zich in deze materie zullen opdringen of als dat systeem vanzelf de gepaste antwoorden zal bieden, die we met recht en reden mogen verwachten.

*
* *

Clôturer en quelques mots une étude qui pourrait faire l'objet d'une thèse importante et que l'on n'a pu qu'ébaucher ici constitue un exercice ingrat et difficile. L'on se bornera à relever que, comme l'on pouvait s'y attendre, les principes et l'esprit général du droit civil sont souvent mis de côté dans cette matière. A l'heure d'adopter les arrêtés d'exécution de la loi du 15 juin 2006 ou de réviser ceux de la loi du 24 décembre 1993, il ne nous semblait pas inutile de nous attarder quelques instants sur l'application de certaines de ces règles dérogatoires au droit commun.

Par ailleurs, comme dans d'autres matières, la pression de la réglementation et de la jurisprudence européenne soulève de nouvelles interrogations à laquelle l'on n'a pas toujours pu répondre. L'avenir nous dira si de nouvelles réformes structurelles de notre système interne s'imposeront à ce propos ou si celui-ci, s'y accommodant, offrira naturellement les réponses adéquates qu'on est en droit d'attendre.

Aurélien VANDEBURIE
Assistant chargé de recherches
à l'Université d'Hasselt

Sammy DE RIDDER
Assistent bestuursrecht
Universiteit Hasselt

Chronique de jurisprudence 2008 des marchés publics (Cour de justice des Communautés européennes, Conseil d'Etat, Cours et tribunaux de l'Ordre judiciaire)

1^{ère} partie (table des matières des – et chapitres 1-6)¹

La Revue accepte volontier de publier la présente chronique même si elle couvre l'année 2008. Les auteurs se sont efforcés de faire une synthèse intelligente des chroniques déjà parues.

La présentation originale qu'ils adoptent et la limitation judicieuse aux thèmes les plus importants procurent à cette synthèse une efficacité et accessibilité particulières.

Table des matières

Chapitre 1. INTRODUCTION	2
Section 1: Les principes d'égalité, de transparence et de concurrence	2
§ 1. Principes d'égalité et de transparence	3
§ 2. Principe de concurrence	4
A. Notion	4
B. Mesure portant atteinte à la concurrence - Interprétation stricte	5
C. Mesures destinées à écarter le risque de pratiques susceptibles de menacer la transparence et de fausser la concurrence et à prévenir ou réprimer ainsi la fraude et la corruption	5
D. Proportionnalité des mesures nationales complémentaires	7
E. Obligation de confidentialité, mise en concurrence et proportionnalité de la mesure	7
Section 2: Impact du droit européen	8
§ 1. Application des directives	8
A. Principe des seuils	8
B. Tempérament pour les commandes présentant un intérêt transfrontalier certain - Règles fondamentales du traité	9
C. Application pour les nouveaux Etats membres du droit européen des marchés publics	9
§ 2. Contrôle de la CJCE - Compatibilité du droit national avec le droit européen - Limites de la compétence de la Cour	9
Section 3: Exceptions à l'application de la réglementation	10
§ 1. Exigences légitimes d'intérêt national justifiant la non-application des règles de droit européen	10
§ 2. Marchés militaires	10

¹ Le renvoi aux articles du traité UE reprend l'ancienne numérotation (voir table de concordance - JO n° C83 du 30 mars 2010).